

**IL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE NELLA RICOGNIZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE ESISTENTE E NELLA PROMOZIONE DEL SUO SVILUPPO PROGRESSIVO. OSSERVAZIONI CRITICHE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 238/2014\*\***

*1. La sentenza n. 238/2014 della Corte Costituzionale. – 2. La questione della competenza della Corte costituzionale a rilevare autonomamente il contenuto del regime internazionale dell'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile. La preclusione costituita, secondo la Corte costituzionale, dalla formulazione del quesito di costituzionalità operata dal giudice a quo: profili problematici. – 3. La tesi dell'insindacabilità, da parte della Corte costituzionale, della ricostruzione del diritto internazionale consuetudinario operata dalla Corte internazionale di giustizia. I limiti dell'argomento fondato sul "principio di conformità". – 4. La valenza da attribuirsi, ai fini della ricognizione del diritto internazionale generale, all'accertamento del contenuto di una consuetudine internazionale effettuato dalla Corte internazionale di giustizia. – 5. Il contributo della sentenza n. 238 alla modifica del diritto internazionale consuetudinario attuale. Difficoltà di determinare la prassi e l'opinio iuris dell'Italia in materia di immunità degli Stati in caso di crimini internazionali. – 6. Una diversa prospettiva di analisi del conflitto tra immunità e accesso al giudice: la potenziale incompatibilità tra norme di diritto internazionale generale e le ricadute sull'ordinamento interno. Il dubbio rilievo, nel caso di specie, della teoria della tutela per equivalenti. – 7. Osservazioni conclusive. La necessità di valorizzare l'istituto della protezione diplomatica: possibili aperture dal punto di vista del diritto costituzionale.*

**1. La sentenza n. 238/2014 della Corte Costituzionale**

La tematica dei rapporti tra immunità degli Stati e tutela dei diritti fondamentali è certamente tra quelle che maggiormente hanno animato il dibattito nella dottrina internazionale negli ultimi anni: la questione è paradigmatica del conflitto esistente tra istanze innova-

---

\* Ricercatore di Diritto internazionale nella "Sapienza" Università di Roma — [mariairene.papa@uniroma1.it](mailto:mariairene.papa@uniroma1.it).

\*\* Il lavoro costituisce la rielaborazione e l'approfondimento di una relazione svolta all'Incontro di studio su "Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e tutela dei principi supremi e dei diritti inviolabili (a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014)", tenutosi l'11 dicembre 2014, presso la Facoltà di Economia della "Sapienza", per il Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale.

tive che intendono promuovere e valorizzare una nuova “dimensione umanitaria” delle norme che disciplinano la vita delle relazioni internazionali e il modo di essere e di funzionare tradizionale del diritto internazionale, quale diritto che regola i rapporti tra gli Stati e in cui gli interessi dei privati godono al limite di una tutela solo mediata e indiretta. Ovviamente le posizioni critiche nei confronti dell’assolutezza della regola dell’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile per gli *acta iure imperii* sono maggioritarie; e vari e sempre più sofisticati sono i tentativi avanzati in dottrina per trovare una soluzione tecnico-giuridica in grado di fondare un mutamento del regime tradizionale, in grado di neutralizzare il privilegio dell’esonazione dalla giurisdizione almeno nei casi di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali<sup>1</sup>. Tra l’altro, problemi del tutto analoghi riguardano nella sostanza anche le immunità giurisdizionali riconosciute dal diritto internazionale ad altri soggetti: dalle organizzazioni internazionali, ai funzionari internazionali, agli organi statali (in questi ultimi due casi nel campo sia della giurisdizione civile sia di quella penale).

In quest’ottica, si comprende agevolmente come la sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014 (rel. il Presidente Giuseppe Tesauro) a primo impatto sia stata salutata come una pronuncia assolutamente meritoria per il risultato cui tende: garantire l’accesso alla giustizia per le vittime di crimini odiosi, quali quelli commessi dalle forze del Terzo Reich durante la seconda guerra mondiale<sup>2</sup>. Essa è stata apprezzata soprattutto per il coraggio mostrato dal nostro Giudice delle leggi nell’opporsi ad una sentenza del massimo organo giudiziario internazionale, la Corte internazionale di giustizia (di seguito: CIG), che solo due anni prima aveva invece riconosciuto la responsabilità dell’Italia per l’orientamento adottato dai suoi giudici, e in particolare dalla Corte di cassazione<sup>3</sup>, consistente nel diniego

---

<sup>1</sup> Non è possibile citare tutti i numerosissimi contributi della dottrina sul tema. V. però, per un’ampia, e ancora attuale, disamina delle varie tesi avanzate a sostegno dell’esistenza di una *human rights exception* alla disciplina consuetudinaria delle immunità degli Stati, F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 573 ss.; nonché, per un contributo più recente sull’argomento, R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 812 ss.

<sup>2</sup> La sentenza, così come le altre pronunce della Corte costituzionale di seguito citate, è consultabile *online* nel sito della Corte, all’indirizzo [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). V. anche l’ordinanza n. 30 del 3 marzo 2015 con cui la Corte costituzionale, a conferma della soluzione enunciata nella sentenza in commento, dichiara la manifesta inammissibilità, per carenza di oggetto, delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Firenze in una quarta ordinanza, sempre del 21 gennaio 2014, la n. 143 (iscritta nel ruolo della Corte costituzionale in una data successiva rispetto alle altre tre, di analogo contenuto, che sono all’origine della sentenza n. 238), essendo state tali questioni già risolte nella sentenza n. 238.

Numerosi commenti alla sentenza n. 238 sono subito apparsi *online*. V., per un elenco, in continuo aggiornamento, [www.giurcost.org/decisioni/2014/0238s-14.html](http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0238s-14.html) (visitato nel mese di giugno 2015). Ulteriori contributi della dottrina saranno citati nelle note seguenti.

<sup>3</sup> Indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla celebre sentenza della Corte di cassazione (sezioni unite civili) nel caso *Ferrini* (sentenza 11 marzo 2004, n. 5044, riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 540 ss.), su cui v.: A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 643 ss.; M. IOVANE, *The Ferrini Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Court to Claims of Reparations for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, p. 165 ss.; A. BIANCHI, *Ferrini c. Repubblica Fede-*

alla Germania dell'immunità dalla giurisdizione di cognizione (e finanche, con riguardo al caso dell'iscrizione di una ipoteca giudiziale su Villa Vigoni, dell'immunità dall'esecuzione), in relazione ad una serie di azioni di risarcimento avviate dalle vittime italiane dei crimini perpetrati dalla Germania nel corso del secondo conflitto mondiale<sup>4</sup>.

Nella sostanza, la sentenza della Corte costituzionale afferma il primato dei principi fondanti del nostro ordinamento (nella specie il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 2 e 24 Cost.) sull'esigenza, pur costituzionalmente prescritta, di apertura al diritto internazionale. Essa giustamente è stata etichettata come una pronuncia

---

rale di Germania (*Italian Court of Cassation, Judgment of 11 March 2004*). A Comment, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 242 ss.; P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 89 ss.; C. FOCARELLI, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 951 ss.; A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 224 ss. Per la ricostruzione complessiva della rilevante prassi giudiziaria italiana in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile (comprensiva anche delle successive pronunce della Corte di cassazione), v. inoltre, ex multis, A. CIAMPI, *L'Immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes*, in *Annuaire français de droit international*, 2008, p. 45 ss.; A. ATTERITANO, *Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, vol. 19, p. 33 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 232 ss.; E. SCISO, *Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, p. 1201 ss.

<sup>4</sup> Ciò sul presupposto dell'inesistenza, nel diritto internazionale generale, di una deroga alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile applicabile alle azioni risarcitorie per i danni derivanti dalla commissione di crimini internazionali: v. CIG, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), sentenza del 3 febbraio 2012, consultabile nel sito della Corte ([www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)). La sentenza della CIG è stata oggetto di molte critiche nella dottrina internazionalistica (tanto italiana quanto straniera), critiche di cui non è possibile dar conto compiutamente in questa sede. Generalizzando al massimo, vari autori hanno messo in evidenza come la Corte dell'Aja avrebbe accolto una visione, ormai anacronistica, esclusivamente stato-centrica del diritto internazionale, indebitamente ignorando e/o ridimensionando alcuni elementi della prassi che avrebbero invece potuto essere richiamati a conferma di un'evoluzione in atto nella portata della regola consuetudinaria sull'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile, in vista di un suo adeguamento alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Al riguardo si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, agli scritti di B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, p. 135 ss.; C. ESPOSITO, *Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: "A Conflict Does Exist"*, ivi, p. 157 ss.; R. PAVONI, *An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State*, ivi, p. 143 ss.; A. BIANCHI, *Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 293 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di jus cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, ivi, p. 310 ss.; L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012*, in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203 ss.; H. MUIR WATT, *Le droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles*, in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 539 ss.; G. SERRANÒ, *Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 617 ss.

“storica”<sup>5</sup>. Dal punto di vista del diritto costituzionale, questa è infatti la prima volta che l’arma dei controlimiti viene adoperata dalla Corte costituzionale sul piano dei rapporti con il diritto internazionale generale<sup>6</sup>. Dal punto di vista dell’ordinamento internazionale, la sentenza della Corte costituzionale costituisce il primo episodio in cui l’adempimento di una sentenza della CIG rischia di essere impedito dall’affermazione di esigenze di tutela di diritti fondamentali garantiti, a livello costituzionale, da un ordinamento interno<sup>7</sup>.

Tuttavia, al di là delle, pur giustificate per certi versi, reazioni di entusiasmo iniziali (che non a caso hanno però ben presto lasciato spazio a manifestazioni via via più preoccupate di critica e dissenso), nell’analisi della sentenza appare opportuno scinderne le conseguenze, guardando da una parte agli effetti sul caso di specie, cioè sulla controversia tra Germania e Italia e in ultima analisi sulla sorte delle richieste di risarcimento che l’hanno originata<sup>8</sup>; e dall’altra alle implicazioni derivanti dalle soluzioni delineate dalla Corte costituzio-

---

<sup>5</sup> Così ad esempio L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 27 ottobre 2014; P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l’immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 28 ottobre 2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 9 gennaio 2015; F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 33 ss., p. 33.

<sup>6</sup> Mentre, con riguardo al diritto internazionale pattizio, la dottrina dei controlimiti ha trovato una prima applicazione concreta nella sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 28 novembre 2012 (su cui v. B. CONFORTI, *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 616 ss.). Ma è nella sentenza in commento che l’espressione “controlimiti” fa il suo ingresso nel lessico del giudice costituzionale.

<sup>7</sup> Il punto è stato sin da subito messo in risalto da L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana*, cit.; ID., *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana “controvento” sull’immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 905 ss. Al riguardo, un precedente che talvolta è stato evocato, ma in modo non del tutto proprio, nei primi commenti alla sentenza n. 238, è costituito dalla sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti sul caso *Medellin v. Texas* del 25 marzo 2008 (riprodotta in *American Journal of International Law*, 2008, p. 622 ss.), in cui si è escluso che una sentenza della CIG potesse produrre effetti diretti nell’ordinamento degli Stati Uniti. La sentenza internazionale rilevante, resa in merito alla controversia tra Stati Uniti e Messico nel caso *Avena*, era infatti – a differenza della sentenza sulla controversia tra Germania e Italia – decisamente favorevole ai diritti umani. La Corte dell’Aja aveva condannato gli Stati Uniti per non aver garantito a detenuti messicani il diritto all’assistenza consolare previsto dalla Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, e aveva stabilito, a titolo di riparazione, l’obbligo di revisione dei procedimenti penali condotti in violazione di tale diritto. Nel caso che ci occupa, invece, la situazione è per così dire rovesciata: sono i giudici italiani, nello specifico la Corte costituzionale, che, nell’opporsi all’esecuzione della sentenza della CIG, affermano una soluzione più garantista per le posizioni degli individui interessati: così anche R. PAVONI, *Response* a T. SCHILLING, *The Dust Has Not Yet Settled: The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice, Sort of*, in *EJIL: Talk!*, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

Si consideri comunque che l’impatto della sentenza n. 238 per i giudici comuni è “attutito” dalla circostanza che, secondo la dottrina prevalente, le decisioni interpretative di rigetto, come quella in esame, produrrebbero solo effetti *inter partes*: v. F. GIRELLI, *Alla ricerca di un’applicazione condivisa dell’immunità degli Stati dalla giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2015, p. 94 ss., p. 97; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, *ivi*, p. 57 ss., p. 62.

<sup>8</sup> Effetti che, tra l’altro, come è stato opportunamente rilevato, verosimilmente sono destinati a non realizzare l’obiettivo ricercato, di assicurare i richiesti risarcimenti agli individui interessati: v., al riguardo, soprattutto

nale in ordine all'assetto dei rapporti tra diritto costituzionale e diritto internazionale. Da questo secondo angolo visuale, è chiaro che è soprattutto la risposta al primo quesito formulato dal giudice *a quo*, quello concernente la legittimità costituzionale dell'introduzione nel nostro ordinamento della norma internazionale non scritta sull'immunità, così come ricostruita dalla CIG nella ricordata sentenza del 2012, a rivestire il maggiore interesse, come è attestato dalla attenzione largamente prevalente dedicata dalla dottrina a questo profilo<sup>9</sup>. È evidente, infatti, che la Consulta traccia uno schema generale, definisce cioè un percorso logico-giuridico in cui situare i problemi di coordinamento e di conflitto tra diritto costituzionale e consuetudini internazionali, colmando una lacuna che fino ad oggi aveva lasciato campo libero all'elaborazione di costruzioni dottrinali di segno spesso anche profondamente antitetico.

Se questo è il tema centrale della sentenza, sono palesi le connessioni che esso presenta rispetto alla questione, che in questo contributo si vuole esplorare, del ruolo del giudice costituzionale in ordine tanto all'identificazione delle consuetudini internazionali quanto alla loro creazione e/o modifica. Si tratta di due momenti – quello della rilevazione e quello della partecipazione al processo di formazione ed evoluzione del diritto internazionale generale – che si rivelano preliminare, il primo, e successivo, il secondo, rispetto all'analisi compiuta dalla Corte costituzionale in merito all'interpretazione del meccanismo di adattamento stabilito dall'art. 10 Cost., primo comma.

Con riguardo al primo aspetto indicato, infatti, la necessità di ricostruire il modo di funzionare del rinvio contenuto in questa disposizione discende dalla premessa accolta dal Giudice delle leggi in ordine alla sua incompetenza a sindacare la ricostruzione del diritto internazionale generale operata dalla CIG.

A sua volta poi – e siamo al secondo profilo che si intende qui affrontare –, la soluzione dell'impermeabilità, nel caso di specie, del nostro sistema costituzionale al diritto internazionale generale, incentrata come è sull'insanabile contrasto della norma esterna rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento nazionale, inevitabilmente solleva la questione della modifica del diritto internazionale generale vigente e dell'apporto che la sentenza n. 238 potrà a tal fine arrecare.

L'ottica (almeno inizialmente) dualista accolta nella sentenza comporta infine che il ragionamento della Corte costituzionale, nella sentenza n. 238, si dipana prevalentemente sul piano del diritto interno, a differenza delle precedenti pronunce della Corte di cassazione che avevano negato alla Germania l'immunità dalla giurisdizione civile, in cui le motivazioni,

---

le considerazioni svolte da A. TANZI, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Comunità internazionale*, 2015, p. 13 ss., p. 22.

<sup>9</sup> La Consulta ha ritenuto la questione "non fondata, considerato che la norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma, Cost. non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva" (sentenza, punto 3.5 del *considerato in diritto*).

seppure sulla base di percorsi non coincidenti<sup>10</sup>, erano svolte quasi esclusivamente sulla base del diritto internazionale. Tale scelta è in parte conseguenza anche della formulazione dei quesiti di legittimità operata dal Tribunale di Firenze. Come si vedrà, la Corte costituzionale si è trovata infatti impedita dal poter esaminare se, a livello dello stesso diritto internazionale generale, fossero ravvisabili ulteriori soluzioni, ugualmente idonee a garantire il primato del diritto di accesso al giudice, ma incentrate sulla valorizzazione di altre norme internazionali non scritte potenzialmente confliggenti rispetto al regime delle immunità statali, come sostenuto invece dalle parti dei procedimenti principali. Benché questa prospettiva non sia stata presa in considerazione dalla sentenza, la sua validità, da un punto di vista generale, sarà comunque oggetto di valutazione nella parte finale di questo scritto.

## **2. La questione della competenza della Corte costituzionale a rilevare autonomamente il contenuto del regime internazionale dell'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile. La preclusione costituita, secondo la Corte costituzionale, dalla formulazione del quesito di costituzionalità operata dal giudice *a quo*: profili problematici**

Nella prospettiva sintetizzata in chiusura del paragrafo precedente, la questione da cui si intende partire è la seguente: la Corte costituzionale avrebbe potuto smentire la ricostruzione del diritto internazionale generale operata dalla CIG e per questa via aprirsi la possibilità di giungere alla conclusione che il diritto internazionale generale non era affatto contrario ai nostri principi costituzionali fondamentali, sul presupposto che tale diritto non avrebbe in realtà, diversamente da quanto affermato dalla CIG, obbligato i giudici italiani, nei casi rilevanti, a riconoscere l'immunità?

La Consulta ritiene di no, sulla base di due motivi: a) la determinazione del *thema decidendum* da parte del giudice rimettente impedisce "ogni valutazione sull'interpretazione da parte della CIG della norma internazionale consuetudinaria relativa all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati"<sup>11</sup>; b) in ogni caso – e quasi *ad abundantiam* – l'accertamento del contenuto di una norma dell'ordinamento internazionale operato dai giudici di tale ordinamento non potrebbe essere oggetto di sindacato da parte dei giudici interni, inclusa la stessa Corte costituzionale<sup>12</sup>. Si tratta evidentemente di argomenti di rilievo diseguale, entrambi peraltro illustrati molto rapidamente, nei cui confronti è possibile muovere alcuni rilievi critici.

Partendo dal primo motivo addotto a sostegno della sua asserita incompetenza, nel caso di specie, a ricostruire la portata effettiva della consuetudine internazionale rilevante, la

---

<sup>10</sup> Per tale notazione cfr. C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 738 ss.; ID., *Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni "qualitative"*, ivi, 2009, p. 362 ss.

<sup>11</sup> Sentenza n. 238, punto 3.1 del *considerato in diritto*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Corte costituzionale riconosce implicitamente che, per poter procedere alla ricognizione della norma *de qua*, essa avrebbe dovuto considerare non vincolante la formulazione del quesito sottoposto dal giudice rimettente, il quale aveva individuato l'oggetto della impugnazione nella "norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost."<sup>13</sup>. È chiaro infatti che, nello scenario in cui la Corte fosse giunta a dimostrare l'infondatezza della soluzione affermata dalla CIG, la fonte internazionale della norma censurata (*rectius*: della norma che imponeva ai giudici nazionali l'obbligo di concedere l'immunità) sarebbe stata individuata nella sola sentenza della CIG, e non nel diritto internazionale generale. Ebbene, secondo la Consulta, si tratta di una strada che non avrebbe potuto essere intrapresa.

Eppure, la possibilità di ricollegare la norma impugnata ad una fonte di diritto internazionale *diversa* da quella individuata dal giudice rimettente trova un celebre precedente nella sentenza n. 48 del 18 giugno 1979, resa nel caso *Ruszel*. All'epoca, il Tribunale di Roma aveva sollevato eccezione di costituzionalità nei confronti della legge di esecuzione della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, con specifico riguardo alla previsione dell'immunità dalla giurisdizione civile in favore degli agenti diplomatici. La Corte costituzionale aveva però "corretto" la prospettazione della questione, modificando la fonte internazionale della norma in causa, sul presupposto che, essendo le pertinenti disposizioni della Convenzione di Vienna meramente ricognitive del diritto internazionale consuetudinario, l'oggetto del giudizio dovesse in realtà individuarsi nella norma di adattamento a tale consuetudine prodotta nel nostro ordinamento per il tramite del trasformatore permanente previsto dal primo comma dell'art. 10 Cost.<sup>14</sup>. In quella pronuncia la Corte costituzionale aveva quindi modificato la qualificazione della norma internazionale operata dal giudice *a quo*, spostando l'oggetto della norma interna di adattamento da sottoporre a giudizio di costituzionalità da

---

<sup>13</sup> Tribunale di Firenze, ordinanze nn. 84, 85 e 113 del 21 gennaio 2014 (est. Minniti), consultabili in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it) (su cui v. ampiamente G. D'AGNONE, *Immunità degli Stati stranieri e garanzia costituzionale dell'accesso al giudice: conflitto reale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 639 ss.; F. PALOMBINO, *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 501 ss.; D. RUSSO, *Il rapporto tra norme internazionali generali e principi della Costituzione al vaglio della Corte costituzionale: il Tribunale di Firenze rinvia alla Consulta la questione delle vittime dei crimini nazisti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2014). Il tema della compatibilità con le norme della Costituzione degli obblighi connessi all'esecuzione della sentenza della CIG era stato sollevato da tempo in dottrina, quando ancora il ricorso della Germania era pendente (A. GATTINI, *The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 173 ss., pp. 199-200); e poi, successivamente, all'indomani della sua adozione (M. SOSSAI, *Are Italian Courts Directly Bound to Give Effect to the Jurisdictional Immunities Judgment?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, p. 175 ss., spec. 187 ss.; M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 444 ss.; G. SERRANÒ, *Considerazioni*, cit., p. 643; G. CATALDI, *The Implementation of the ICJ's Decision in the Jurisdictional Immunities of the State Case in the Italian Domestic Order: What Balance Should Be Made between Fundamental Human Rights and International Obligations*, in *ESIL Reflections*, [www.esil-sedi.eu](http://www.esil-sedi.eu), vol. 2, 2013).

<sup>14</sup> V. Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 18 giugno 1979, punto 3 del *considerato in diritto*. Su tale pronuncia v. ampiamente, per tutti, L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, p. 459 ss.

una norma di diritto internazionale di natura convenzionale (fonte di secondo grado) a una norma di diritto internazionale generale (fonte di primo grado dell'ordinamento internazionale). Nel caso che ci occupa, si sarebbe eventualmente trattato di operare una riqualificazione in senso inverso, “verso il basso” (da fonte di primo a fonte di terzo grado), della norma internazionale a cui conformare il nostro ordinamento.

In effetti, non paiono esservi ragioni ostative per ammettere che un cambiamento della prospettiva di valutazione possa operare anche nella direzione indicata. A conferma del possibile superamento dei limiti risultanti dai termini di formulazione del quesito di costituzionalità, si noti che la volontà della Corte costituzionale di restare rigidamente ancorata alla definizione dell'oggetto del sindacato risultante dall'ordinanza di rimessione viene subito contraddetta dalla scelta –in questo caso non accompagnata da alcuna, neanche accennata, spiegazione –di spostare il giudizio dalla “norma interna di adattamento alla norma internazionale” alla norma internazionale stessa<sup>15</sup>, scelta che, come è stato notato, oltre a sollevare difficili problemi di inquadramento della sentenza in esame nelle competenze della Corte quali definite dall'art. 134 Cost.<sup>16</sup>, ha poi costretto la stessa Corte a varie forzature e acrobazie interpretative, allo scopo (a parere di molti peraltro non pienamente realizzato) di garantire la congruenza del ragionamento complessivo e la coerenza rispetto alla sua stessa giurisprudenza precedente.

---

<sup>15</sup> Nonostante qualche incertezza e ambiguità nel ragionamento svolto dalla Corte costituzionale, questa scelta emerge da vari passaggi cruciali della sentenza. V. al riguardo R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 23 ss., p. 26. Proprio valorizzando i numerosi riferimenti alla norma internazionale sull'immunità, anziché alla norma interna di adattamento a quest'ultima, è stato negato che l'approccio della Corte possa essere qualificato come strettamente dualista: cfr., oltre alla op. ult. cit., p. 25 ss., anche G. CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 41 ss.

<sup>16</sup> Il punto è rilevato, sia pure sulla base di presupposti e ragionamenti profondamente diversi, da vari autori: si veda, ad esempio, L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 10 novembre 2014, e *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, ivi, 15 dicembre 2014 (dove si parla di un “giudizio atipico”, “un giudizio del quinto tipo”); P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, ivi, 17 novembre 2014; S. LEONE, *La sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 902 ss.; A. RUGGERI, *La Corte azione l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta online*, 17 novembre 2014; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, p. 84 ss., p. 86.



### **3. La tesi dell'insindacabilità, da parte della Corte costituzionale, della ricostruzione del diritto internazionale consuetudinario operata dalla Corte internazionale di giustizia. I limiti dell'argomento fondato sul "principio di conformità"**

Quanto alla seconda questione, attinente, come si è detto, al rilievo da attribuirsi alla precedente ricognizione della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati operata dalla CIG nella sentenza resa sulla controversia tra Germania e Italia, la Corte costituzionale esclude di poter procedere ad un nuovo accertamento. Secondo la Consulta, l'applicazione della norma esterna all'ordinamento italiano deve essere operata dagli operatori giuridici interni "in base al principio di conformità, e cioè nell'osservanza dell'interpretazione che ne è data nell'ordinamento di origine"<sup>17</sup>. La soluzione accolta dai giudici dell'Aja non lascerebbe quindi spazio ad ulteriori valutazioni. Sul punto, la dottrina si divide tra chi aderisce acriticamente alle motivazioni sostenute dalla Corte costituzionale, e chi invece avrebbe preferito un'attitudine più audace, volta a contrastare il conservatorismo della CIG sullo stesso terreno del diritto internazionale, in modo da giungere ad una ricostruzione *alternativa* del regime delle immunità, più conforme e sensibile alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

La questione peraltro è più complessa di come questa semplice contrapposizione lascerebbe immaginare. Da una parte infatti, la soluzione dell'incompetenza, per come è formulata, rischia di produrre conseguenze ben oltre il caso di specie, investendo in generale il tema dei rapporti tra le competenze dei giudici (e/o organi) internazionali e quelle degli operatori giuridici interni in materia di ricognizione delle norme del diritto internazionale generale. Dall'altra, è pur vero che per la Corte costituzionale non era affatto facile contraddire le soluzioni accolte nella sentenza della CIG sulla controversia tra Germania e Italia, tali difficoltà derivando non da una astratta insindacabilità dell'accertamento del diritto internazionale operato da un tribunale o da un altro organo internazionale, ma dalle specifiche peculiarità del caso in esame. Occorre quindi distinguere i due aspetti e trattarli separatamente.

La competenza della Corte costituzionale, così come in generale dei giudici interni, a verificare il contenuto del diritto internazionale generale ai fini della sua applicazione alla fattispecie concreta costituisce un dato incontestato, implicito nella stessa lettera dell'art. 10 Cost.<sup>18</sup>, e confermato dalla giurisprudenza della Corte, sin dalla sentenza n. 135 del 1963, in cui, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo unico della legge 15 luglio 1926, n. 1263, riguardante gli "Atti esecutivi sopra beni stranieri nel Regno", per contrasto con l'art. 10 Cost., in ragione della sua asserita incompatibilità con la norma sull'immunità degli Stati dall'esecuzione, essa rilevò l'assenza di una concordanza di indirizzi "nella legislazione e nella giurisprudenza e dottrina dei vari Paesi" in favore dell'esenzione

---

<sup>17</sup> Sentenza n. 238, punto 3.1 del *considerato in diritto*.

<sup>18</sup> V. al riguardo le osservazioni ancora assai attuali di G. GAJA, *Sull'accertamento delle norme internazionali generali da parte della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1968, p. 315 ss. Il punto è inoltre sottolineato, con riguardo alla sentenza in discorso, da P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in *www.sidi-isil.org*, 17 novembre 2014.

dai procedimenti conservativi e di esecuzione per i beni di Stati esteri non destinati a funzioni attinenti all'esercizio della sovranità<sup>19</sup>. Ebbene, stando alle affermazioni contenute nella sentenza attualmente in commento, un'attività ricognitiva di questo tipo sarebbe ammissibile solo *in mancanza* di un'interpretazione ricavabile dall'ordinamento giuridico internazionale, operata cioè da tribunali o altri organi internazionali.

Il ragionamento della Consulta sembra infatti voler coprire qualsiasi ipotesi di applicazione, nel nostro ordinamento, di norma esterna la cui interpretazione sia ricavabile dall'ordinamento di origine, indipendentemente dal tipo di norma e dal modo di essere e funzionamento dell'ordinamento esterno interessato<sup>20</sup>. A parte la contraddizione evidente tra il brano sopra riportato – che sembra postulare una separazione netta tra l'ordinamento interno e quello internazionale – e l'approccio più generale seguito nella sentenza in tema di rapporti tra i due sistemi giuridici (come si è visto, infatti, la Corte non esiterà, nel prosieguo della sentenza, a sottoporre a sindacato di costituzionalità la norma, appunto *esterna*, sulle immunità degli Stati, procedendo finanche ad un bilanciamento del tutto atipico tra tale norma e i principi costituzionali fondamentali<sup>21</sup>), ciò che lascia più perplessi è il riferimento in questo ambito al principio di conformità. Tale principio è sconosciuto all'ordinamento internazionale: gli organi giurisdizionali internazionali notoriamente sono chiamati ad agire in un contesto altamente frammentato e disomogeneo, e non potrebbe essere diversamente, dato il fondamento consensuale della loro competenza. Non esiste insomma un “sistema giudiziario” in senso tecnico, ma ogni tribunale opera in via autonoma, sulla base di una specifica attribuzione di competenza, *ratione materiae, personarum, loci e temporis*<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Peraltro, il metodo ricostruttivo seguito dalla Corte costituzionale per l'accertamento delle norme internazionali generali, in questa come in successive pronunce, non appare sempre ineccepibile: v. al riguardo ancora G. GAJA, *Sull'accertamento*, cit., p. 322.

<sup>20</sup> Si noti che su questo punto la visione accolta dalla Corte costituzionale appare ben più rigida di quella espressa dal Tribunale di Firenze, le cui considerazioni erano limitate ai soli effetti della *specifica* pronuncia della CIG in causa. Tra l'altro, le affermazioni del Tribunale circa l'assolutezza ed esclusività della competenza della Corte dell'Aja in materia di diritto internazionale riguardano letteralmente le sole ipotesi dell'“interpretazione della valenza imperativa e inderogabile delle norme di *jus cogens* di diritto internazionale” e della qualificazione degli atti criminosi compiuti dal Terzo Reich in Italia durante l'occupazione alla stregua di atti *iure imperii*. Esse non coprono dunque, almeno espressamente, l'attività di rilevazione delle norme di diritto internazionale generale applicabili.

<sup>21</sup> Parla giustamente in proposito di bilanciamento tra diritti “incommensurabili” G. GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, in *Consulta online*, 4 dicembre 2014. In senso analogo v. anche C. PINELLI, *Decision No. 238/2014 of the Constitutional Court: Between Undue Fiction and Respect for Constitutional Principles*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 33 ss., pp. 38-39.

<sup>22</sup> Anche per questo motivo, da tempo si è messo in rilievo come il fenomeno della progressiva “giurisdizionalizzazione” del diritto internazionale, dovuto al notevole incremento degli organi giurisdizionali o para-giurisdizionali operanti a livello internazionale nel quadro di *specifici* settori normativi, a causa della generale assenza di meccanismi di coordinamento tra l'attività di tali organi, porti inevitabilmente con sé il rischio della frammentazione, almeno sotto il profilo interpretativo, del diritto internazionale: v., nell'ambito di una letteratura sterminata, J. CHARNEY, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, in *Recueil des Cours*, vol. 271, 1998, p. 101 ss.; T. BUERGENTHAL, *Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 267 ss.; K. OELLERS-FRAHM, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction: Problems and Possible Solutions*, in *Max Planck Yearbook of United*

Date queste premesse, le decisioni di tali organi, compresa la pur autorevolissima CIG, costituiscono, salvo quanto prevede l'art. 59 del suo Statuto<sup>23</sup>, solo uno "strumento ausiliario di determinazione delle regole giuridiche", come stabilisce chiaramente l'art. 38 dello stesso Statuto (rilevando quindi quale fonte di cognizione, non di produzione del diritto internazionale generale<sup>24</sup>). Ciò è tanto più vero con riferimento all'accertamento del contenuto delle norme di diritto internazionale generale, se si considera in aggiunta che tale diritto è soggetto ad una continua evoluzione e può conseguentemente subire modifiche successivamente all'adozione di una certa sentenza.

Né a maggior ragione convince il richiamo al precedente dalle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 con riguardo all'interpretazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) elaborata dalla Corte di Strasburgo<sup>25</sup>, visto che, a tacer d'altro, la Corte europea opera all'interno di un sistema decisamente più integrato rispetto a quello nel quale la CIG è chiamata a ricostruire il contenuto delle norme di diritto internazionale generale. Tra l'altro, la divaricazione, nel nostro sistema costituzionale, dei meccanismi di adattamento, rispettivamente alla sentenza e alla norma di diritto internazionale generale accertata nella sentenza, nonché la diversa disciplina degli effetti giuridici interni derivanti dall'una e dall'altra, per quanto possa apparire artificiosa, si giustifica proprio in ragione della non esclusività, nell'ordinamento internazionale, dell'accertamento giudiziale del diritto internazionale generale, da qualsiasi organo esso sia operato.

#### **4. La valenza da attribuirsi, ai fini della ricognizione del diritto internazionale generale, all'accertamento del contenuto di una consuetudine internazionale effettuato dalla Corte internazionale di giustizia**

Dunque la chiusura manifestata dalla Corte costituzionale in ordine ad una sua possibile competenza concorrente rispetto alla CIG nella rilevazione del diritto internazionale generale applicabile si fonda su motivazioni alquanto deboli. In particolare, la CIG non è il giudice ultimo del diritto internazionale: non lo può essere perché la sua competenza in materia di accertamento delle norme generali non è né obbligatoria, riposando come è noto sulla volontà delle parti in lite di sottoporsi al giudizio della Corte, né esclusiva, essendo condivisa con altri soggetti.

---

*Nations Law*, 2001, p. 67 ss.; S. KARAGIANNIS, *La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique?*, in *La juridiction du droit international, Colloque de Lille*, Paris, 2003, p. 7 ss.; Y. SHANY, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2003; P. WEBB, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford, 2013.

<sup>23</sup> In base al quale "la decisione della Corte non ha valore obbligatorio che fra le parti in lite e riguardo alla controversia decisa".

<sup>24</sup> V. L. CONDORELLI, voce *Consuetudine internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989, p. 490 ss., p. 498.

<sup>25</sup> V. ancora sentenza n. 238, punto 3.1 del *considerato in diritto*.

Nondimeno, come la Corte costituzionale giustamente osserva, la ricostruzione della portata della norma di diritto internazionale generale sulle immunità degli Stati operata dalla CIG fornisce “un’interpretazione particolarmente qualificata”<sup>26</sup>. È un dato di fatto indiscusso che l’interpretazione resa dalla CIG, per usare le parole di un illustre internazionalista, “projetée sur [le] contenu [de la règle coutumière] une lumière qui rayonne bien au-delà des rapports entre parties litigantes”<sup>27</sup>. Ovviamente, come è stato ad esempio indicato nella giurisprudenza statunitense, molto dipende anche dalla qualità e dalla persuasività delle motivazioni che ne sorreggono il percorso argomentativo<sup>28</sup>. Inoltre, per quanto autorevole, l’identificazione del diritto consuetudinario da parte dei giudici dell’Aja non impedisce che elementi ulteriori possano essere adottati in un successivo procedimento. Nel caso in discorso, nulla escludeva quindi che la valutazione della CIG potesse essere rimessa in discussione. Tra l’altro, vari argomenti elaborati dalla dottrina negli ultimi anni non erano stati approfonditi o addirittura neanche considerati dalla CIG, essendosi quest’ultima per lo più limitata a esaminare le tesi sostenute dagli Stati in lite nel corso del procedimento<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> V. C. DE VISSCHER, *Problèmes d’interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, pp. 47-48. È lo stesso De Visscher a sottolineare che : “[c]’est un fait indéniable que les énonciations de droit contenues dans les arrêts d’une cour institutionnalisée comme l’est la Cour internationale de Justice, emportent souvent une force de conviction et, de ce fait, acquièrent une autorité qui va bien au-delà du ‘cas décidé’” (C. DE VISSCHER, *La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye*, in *Revue belge de droit international*, 1965, p. 5 ss., p. 7). Effettivamente, non solo gli altri giudici internazionali, ma anche i giudici interni generalmente riconoscono l’autorevolezza delle pronunce della CIG, anche quando si tratti di decisioni molto controverse e rispetto alle quali siano emerse profonde divisioni all’interno della stessa Corte. V. ampiamente in tema D.M. REILLY, S. ORDÓÑEZ, *Effect of the Jurisprudence of the International Court of Justice on National Courts*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1995-1996, p. 435 ss. Tuttavia, l’autorevolezza dell’accertamento operato dalla CIG, lungi dal determinare un’automatica subordinazione dei giudizi davanti ai tribunali interni, “is rather a reflection of the International Court’s status as the most senior of the international court and tribunals, being a main organ of the United Nations and its designated principal judicial organ” (R. HIGGINS, *National Courts and the International Court of Justice*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds), *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*, Oxford, 2009, p. 405 ss., pp. 405-406).

<sup>28</sup> In questi termini si è ad esempio espressa, nella sentenza del 24 aprile 2008 sul caso *Ricardo A. de los Santos Morav. The People of the State of New York*, la Corte di appello del Secondo Circuito degli Stati Uniti (caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1157492.html), pronunciandosi sulla portata dell’art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari alla luce della interpretazione resa dalla CIG nei casi *La Grand* e *Avena*: “the interpretation of the international court is ‘entitled to respect but only to the extent that [it has] the power to persuade [...]’. ‘The weight of such a judgment in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power to control’”.

<sup>29</sup> Cfr., ad esempio, per alcune proposte di soluzione della antinomia tra immunità dello Stato e diritti fondamentali, E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÈ, *Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights*, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 825 ss., p. 837 ss.; L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato*, cit. Anche la tesi secondo cui il diniego di immunità potrebbe giustificarsi in alcune situazioni a titolo di contromisura (tesi, a parere di chi scrive, in ogni caso non del tutto convincente) non è stata presa in considerazione dalla CIG: V. K.N. TRAPP, A. MILLS, *Smooth Runs the Water Where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of Germany v Italy*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 153 ss.; P. TARRE MOSER, *Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Coun-*

Ciò non toglie che, sul piano dell'opportunità, era altamente improbabile che la Corte costituzionale, esercitando nel caso di specie la propria autonoma competenza in materia di accertamento del diritto internazionale generale, potesse decidere di tentare una ricostruzione del contenuto della norma sull'immunità degli Stati in contrasto con la soluzione affermata dalla CIG. E ciò non solo per l'autorevolezza che va comunque riconosciuta alle pronunce della CIG, in quanto promananti dal principale organo giurisdizionale a livello internazionale. E neanche perché dalla sentenza sul caso *Germania c. Italia* era trascorso un lasso di tempo relativamente breve. L'ostacolo forse più arduo da superare risiedeva nel successo che la soluzione enunciata in tale sentenza aveva riscosso: nel giro di poco tempo, ad esempio, la Corte europea dei diritti umani l'aveva non solo confermata in quanto "authoritative as regards the content of customary international law"<sup>30</sup>, ma anche trasferita in blocco alle immunità delle organizzazioni internazionali<sup>31</sup>. Altri tribunali interni si erano mossi nella stessa direzione<sup>32</sup>.

Da un punto di vista di politica giudiziaria, quindi, per il massimo interprete della Costituzione tentare uno scontro diretto sul terreno di elezione della CIG sarebbe stato quantomeno velleitario: in questa ottica l'unica opzione ragionevole consisteva nel prendere atto della ricognizione della norma sull'immunità degli Stati effettuata dai giudici dell'Aja. Tuttavia, anche tale esito non giustifica affatto, per le motivazioni su esposte, le affermazioni contenute nella sentenza n. 238 circa una presunta incompetenza del giudice costituzionale a interpretare e ricostruire le norme internazionali già oggetto di interpretazione nell'ordinamento giuridico di origine<sup>33</sup>.

---

termeasure to Jus Cogens. *Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case*, in *Gottingen Journal of International Law*, 2012, p. 809 ss.; S. VEZZANI, *Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 36 ss.

<sup>30</sup> Corte europea dei diritti umani (quarta sezione), *Case of Jones and others v. the United Kingdom*, ricorsi nn. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014, par. 198, su cui v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso Jones dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 215 ss. D'altronde, la Grande Camera aveva già anteriormente manifestato una posizione conservatrice in materia (*Case of Al-Adsani v. the United Kingdom*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2011, par. 61 ss.), di cui la stessa CIG aveva tenuto conto, a ulteriore dimostrazione che il dialogo tra queste corti è decisamente favorevole alla persistente e completa applicazione, anche di fronte a gravi violazioni dei diritti fondamentali, della norma sull'immunità degli Stati.

<sup>31</sup> Corte europea dei diritti umani (terza sezione), *Stichting Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands*, ricorso n. 65542/12, decisione dell'11 giugno 2013, su cui v. M.I. PAPA, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell'Associazione Madri di Srebrenica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 27 ss.

<sup>32</sup> V. da ultimo la sentenza della Corte suprema canadese del 10 ottobre 2014 nel caso *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, in [scc-csc.lexum.com](http://scc-csc.lexum.com).

<sup>33</sup> Si noti, peraltro che, a dispetto della scelta iniziale di rimettere esclusivamente alla CIG il compito di accertare il contenuto della norma internazionale sull'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile, non mancano vari rilievi critici mossi dalla Corte costituzionale alle soluzioni affermate nella sentenza sul caso *Germania c. Italia* (v., per tale notazione, C. PINELLI, *Decision No. 238/2014*, cit., pp. 36-37; R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238*, cit., pp. 27, 29 ss.; E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 61 ss., p. 82). Ciò emerge soprattutto dalla

## 5. Il contributo della sentenza n. 238 alla modifica del diritto internazionale consuetudinario attuale. Difficoltà di determinare la prassi e l'*opinio iuris* dell'Italia in materia di immunità degli Stati in caso di crimini internazionali

La Corte costituzionale con la sua pronuncia, e in particolare grazie all'affermazione del primato del principio supremo costituito dal diritto di accesso al giudice, potrà contribuire all'affermazione di una disciplina internazionale in materia di immunità degli Stati più equa e più rispondente alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali degli individui? La Corte mostra di ritenere di sì, laddove sostiene di voler "concorrere [...] ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale", tra l'altro ricordando il ruolo di impulso fondamentale svolto dai giudici italiani e belgi negli anni venti del secolo scorso in favore del ridimensionamento della disciplina dell'immunità dello Stato, un tempo considerata assoluta e attualmente circoscritta alle sole attività *iure imperii*<sup>34</sup>. D'altra parte, rispetto alle regole internazionali sulle immunità dalla giurisdizione civile, trattandosi di materia attinente all'esercizio della giurisdizione, il ruolo della giurisprudenza dei giudici interni è a maggior ragione decisivo e da sempre ha rappresentato l'elemento centrale da cui partire per la rilevazione della sussistenza di una consuetudine<sup>35</sup>. La Corte costituzionale dunque sembrerebbe aspirare a fornire alla Comunità internazionale un punto di avvio per la formazione di una nuova consuetudine in materia. Anche parte della dottrina sottolinea d'altronde la capacità della sentenza *de qua* di favorire una ridefinizione delle regole internazionali vigenti, qualora anche altri tribunali interni decidano di allinearsi alle soluzioni prospettate dalla Consulta<sup>36</sup>.

Tralasciando per adesso le perplessità circa le concrete possibilità di realizzazione di un siffatto processo di emulazione da parte dei giudici di altri ordinamenti, capace di invertire una tendenza che, come si è detto, va invece decisamente nella direzione del rafforzamento del regime delle immunità statali quale ricostruito dalla Corte dell'Aja, questa prospettiva si scontra con le difficoltà di definizione del valore della sentenza ai fini della determinazione dell'*opinio iuris* e della prassi ascrivibile all'Italia, in quanto soggetto dell'ordinamento internazionale.

---

valorizzazione dell'"inestricabile connessione" tra gli artt. 2 e 24 della Costituzione, in chiara opposizione alla tesi della rigida separazione tra norme sostanziali e norme procedurali sostenuta invece dalla Corte dell'Aja; nonché dall'affermazione (che riprende argomenti utilizzati al fine di giustificare un'evoluzione del diritto internazionale sia dalla dottrina sia dalla stessa Corte di cassazione, ma apertamente respinti dalla CIG), secondo cui la funzione sovrana che l'immunità vuole garantire non può in partenza coprire atti statali che integrino crimini internazionali. Cfr. sentenza n. 238, punto 3.4 del *considerato in diritto*.

<sup>34</sup> Cfr. il punto 3.3 del *considerato in diritto*.

<sup>35</sup> Il punto è confermato dall'approccio seguito dalla CIG nella sentenza sul caso *Germania c. Italia*. V. sentenza, cit., par. 55.

<sup>36</sup> Così, ad esempio, A. GUZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale*, cit.; R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238*, cit., pp. 27, 29 ss.

Con riguardo all'elemento dell'*opinio iuris*, un primo problema si collega alla circostanza che la Corte costituzionale si è espressa, come si è visto, nel senso che, in base al diritto internazionale, l'immunità avrebbe dovuto essere riconosciuta (sono infatti ragioni di diritto interno che impediscono, sempre secondo la Corte, che la norma in questione possa essere applicata, nei casi rilevanti, dai giudici italiani). È stato osservato che tali premesse ridurrebbero o annullerebbero addirittura ogni potenziale apporto della sentenza in commento alla modifica delle regole internazionali esistenti in senso più favorevole alla garanzia del diritto di accesso al giudice, visto che è estraneo al ragionamento della Corte qualsiasi tentativo di scardinare la ricognizione del diritto internazionale compiuta dalla CIG<sup>37</sup>. Non sarebbe dunque possibile rintracciare nella sentenza una chiara *opinio iuris* a supporto dell'inesistenza, ai sensi del diritto internazionale, dell'obbligo di concedere, in caso di *crimina iuris gentium*, l'immunità. Si tratta però di un'obiezione superabile, visto che è palese la convinzione da parte della Corte della necessità di un cambiamento nel regime internazionale applicabile: in questo senso la sentenza esprimerebbe piuttosto l'*opinio necessitatis* in favore della formazione di una eventuale *nuova* consuetudine<sup>38</sup>.

Ma un impedimento più serio deriva dal fatto che la posizione degli organi italiani sulla questione della portata della norma generale internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione non risulta facilmente riconducibile ad unità. Si assiste infatti ad una evidente divaricazione tra la posizione dell'Esecutivo e quella dei giudici, divaricazione che è conseguenza diretta del rapporto di necessaria, reciproca, indipendenza tra le due branche dei poteri statali e dell'assenza nell'ordinamento italiano di una norma che subordini, nell'applicazione del diritto internazionale, l'attività dei giudici alle scelte degli organi preposti alla gestione delle relazioni esterne<sup>39</sup>. Anzi proprio l'esempio del regime delle immunità giurisdizionali è assolutamente emblematico delle difficoltà sollevate, da questo punto di vista, dalla rilevazione del diritto internazionale generale, tema su cui tra l'altro la Commissione del diritto internazionale generale ha recentemente avviato, sotto la guida del relatore speciale Michael Wood, un processo di codificazione che si preannuncia assai impegnativo<sup>40</sup>. Al

---

<sup>37</sup> V., ad esempio, E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 126 ss., p. 128.

<sup>38</sup> Così anche L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana*, cit., e P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 17 ss., p. 27.

<sup>39</sup> Questo aspetto è sottolineato da vari autori: v. ad esempio, L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana*, cit.; P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte Costituzionale*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 30 ottobre 2014; A. TANZI, *Un difficile dialogo*, cit., pp. 21-22. Secondo P. DE SENA, *The Judgment*, cit., p. 27, il problema sarebbe però superabile in ragione del ruolo svolto dalla Corte costituzionale quale guardiana della Costituzione, la quale avrebbe in tal senso "the last word within the Italian legal system". Tuttavia, se ciò è vero con riguardo all'operato degli organi politici che si traduce in atti normativi, essendo questi ultimi soggetti al sindacato della Corte, non necessariamente può dirsi lo stesso per le altre forme di manifestazione della prassi statale che concorrono alla formazione delle consuetudini internazionali.

<sup>40</sup> V. L. GRADONI, *La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 667 ss.

riguardo, la posizione emersa fino ad oggi, in questo contesto, è nel senso che “[w]here the organs of the State do not speak with one voice, less weight is to be given to their practice”<sup>41</sup>.

Una netta distanza tra le posizioni dei poteri statali in relazione alle vicende che ci interessano si era subito manifestata nella scelta del Governo italiano di opporsi in sede giudiziale alla possibilità che, dopo la sentenza sul caso *Ferrini*, i giudici italiani potessero nuovamente rifiutare di riconoscere alla Germania l'immunità dalla giurisdizione civile<sup>42</sup>. È noto inoltre che un giudizio assai critico rispetto all'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione era stato espresso dall'allora Ministro degli esteri Frattini in una intervista al quotidiano *Sueddeutsche Zeitung* pubblicata il 20 giugno 2008<sup>43</sup>.

Successivamente, davanti alla CIG, la difesa dell'Italia aveva evitato di riprendere le argomentazioni giuridiche che avevano sorretto, nelle pronunce rilevanti, la negazione dell'immunità alla Germania, compresa quella, contenuta nella sentenza della Corte di cassazione (prima sezione penale) n. 1072 del 13 gennaio 2009 nel caso *Milde*, che, anticipando la soluzione a cui sarebbe giunta la Consulta nella sentenza n. 238, faceva leva sul limite all'adattamento automatico al diritto internazionale generale rappresentato “dai cardini essenziali del nostro ordinamento, e cioè quei principi che il Costituente ha voluto considerare coessenziali all'attuale assetto costituzionale”<sup>44</sup>. La scelta dell'Italia di prescindere, nella pro-

---

<sup>41</sup> V. il par. 2 del *draft conclusion* 8 proposto dal relatore speciale Wood nel suo *Second report on identification of customary international law*, UN Doc. A/CN.4/672, 22 maggio 2014, par. 51 (par. 50 per un commento a tale disposizione). I documenti relativi all'attività di codificazione della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite sono reperibili all'indirizzo [www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc).

<sup>42</sup> *Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, *Memorial of the Federal Republic of Germany*, 12 giugno 2009, soprattutto par. 24 ss.

<sup>43</sup> Cfr.

[www.esteri.it/mae/it/sala\\_stampa/archivionotizie/interviste/2008/06/20080620\\_Sueddeutschezeitung.htm](http://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/interviste/2008/06/20080620_Sueddeutschezeitung.htm). I. Sul valore dell'intervista quale manifestazione della prassi ascrivibile all'Italia, v. N. RONZITTI, *Azioni individuali per violazione da parte dello Stato estero di norme imperative del diritto internazionale: un punto fermo nella giurisprudenza italiana*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 789 ss., p. 794.

<sup>44</sup> La sentenza è riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 618 ss. V. in particolare il punto 7 dei *motivi della decisione*.

La questione del contrasto tra i principi fondamentali del sistema costituzionale italiano e la regola di diritto internazionale consuetudinario sull'immunità degli Stati per gli atti *iure imperii*, in caso di applicazione di quest'ultima anche a domande di risarcimento per condotte statali qualificabili come gravi violazioni dei diritti umani, era stata in quell'occasione sollevata dalla Corte di cassazione come un argomento *ulteriore* in favore della soluzione del diniego dell'esenzione dalla giurisdizione, già ricavata da un'interpretazione logico-sistematica delle rilevanti norme internazionali. Orbene, è vero che la tesi del primato dei principi costituzionali dello Stato quale motivo esimente la responsabilità dello Stato per violazione di obblighi internazionali non riscuote tradizionalmente successo a livello internazionale (ma v., in senso contrario, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2014, p. 400). Essa è sconfessata chiaramente dal progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati, in particolare dall'art. 3, in base al quale “[t]he characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law”; e dall'art. 32 che esclude la possibilità di invocare il diritto interno per giustificare il mancato adempimento degli obblighi secondari di cessazione e riparazione dell'illecito; nonché, nell'ambito del diritto dei trattati, dall'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969 (“[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty”). È verosimilmente anche per



pria strategia difensiva, dalle tesi sostenute dalla Cassazione ha in parte spiazzato la stessa Germania, la quale invece aveva essenzialmente impostato la sua posizione processuale in modo da confutare punto per punto gli argomenti dei giudici italiani<sup>45</sup>.

L'ambivalenza della condotta degli organi italiani si ricava anche dalla dichiarazione interpretativa depositata dall'Italia in sede di adesione alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati stranieri e dei loro beni, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU nel 2005. Tale dichiarazione, nella parte in cui esclude l'applicabilità della stessa Convenzione alle attività delle forze armate, contraddice palesemente la tesi sostenuta davanti alla CIG con riguardo alla portata della cosiddetta *tort exception* (eccezione territoriale) all'immunità codificata dall'art. 12 della Convenzione (la quale consente di negare l'immunità in relazione ad azioni risarcitorie per illeciti commessi dallo Stato convenuto nel territorio dello Stato del foro, che abbiano determinato morte, lesioni personali o danni alle proprietà)<sup>46</sup>, in quel contesto intesa invece nel senso di coprire anche le condotte delle forze militari dello Stato<sup>47</sup>.

---

questo motivo che la difesa dell'Italia non ha ritenuto di sviluppare questi argomenti nel procedimento davanti alla CIG. Tuttavia, i precedenti a cui viene ricondotta la soluzione dell'irrelevanza del diritto interno per il diritto internazionale sono per lo più assai risalenti (con particolare riguardo alle norme costituzionali v. l'opinione consultiva della Corte permanente di giustizia internazionale del 14 febbraio 1932 sul caso *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, in CPJI, Sér. A/B, n. 44, p. 24), mentre nella prassi più recente si assiste a una tendenza crescente da parte degli Stati a rifiutare il primato incondizionato del diritto internazionale almeno sui supremi principi costituzionali (cfr. A. PETERS, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, in *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, 2009, p. 170 ss.; A. NOLLKAEMPER, *Rethinking the Supremacy of International Law*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2010, p. 65 ss.). Ad un livello diverso, poi, la accresciuta forza di resistenza dei principi cardine di un ordinamento giuridico rispetto all'apertura al diritto internazionale trova un esempio celebre e assolutamente paradigmatico nella giurisprudenza *Kadi* della Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte di giustizia dell'UE, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa C-402/05, sentenza del 3 settembre 2008, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1156 ss.), che non a caso la stessa Corte costituzionale richiama nella sentenza in commento (v. punto 3.4. del *considerato in diritto*). In questa ottica, una parte della dottrina ha sottolineato come la sentenza n. 238 si inquadri nell'indicata evoluzione e potrebbe anzi condurre ad una progressiva affermazione, sul piano dello stesso diritto internazionale, della teoria costituzionalistica dei controlimiti: v., pur con varie sfumature, P. DE SENA, *Spunti*, cit.; ID., *The Judgment*, cit., p. 29 ss. (dove il discorso è svolto con riguardo specifico al diritto costituzionale di accesso alla giustizia); A. CIAMPI, *La dichiarazione di incostituzionalità delle leggi di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite e di adattamento alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, pp. 12-13; G. CATALDI, *La Corte costituzionale*, cit., p. 47 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238*, cit., pp. 27 ss.; E. SCISO, *La regola*, cit., p. 77. Per una valutazione invece assai negativa in ordine alle conseguenze dell'indicata prospettiva v. R. KOLB, *The Relationship between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on Decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 5 ss., p. 12 ss.

<sup>45</sup> *Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Memorial of the Federal Republic of Germany, cit., soprattutto par. 57 ss.

<sup>46</sup> Cfr. sul punto E. SCISO, *L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 543 ss., p. 545 ss.

<sup>47</sup> V. CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 62 ss. In effetti, è assai dubbio il valore da annettere, ai fini della ricostruzione della posizione di uno Stato in merito al contenuto delle consuetudini internazio-

Ancora: la Corte costituzionale ha considerato nella sua sentenza che il diniego di immunità fosse giustificato nei casi rilevanti in ragione *inter alia* dell'impossibilità di qualificare i crimini commessi dalla Germania alla stregua di atti di imperio<sup>48</sup>. Si tratta della riproposizione di una tesi, che riscuote un certo seguito nella dottrina internazionalistica, e che trova un importante precedente, sia pure in contesto in cui era in causa l'immunità di un supremo organo statale, nella prima sentenza della House of Lords del 25 novembre 1988 sul caso *Pinochet*<sup>49</sup>. Eppure, durante le udienze svoltesi dinanzi alla CIG, in risposta a una domanda rivolta alle parti dal giudice Cançado Trindade, la difesa italiana aveva espressamente ammesso che quegli stessi atti fossero da qualificare come atti *iure imperii*<sup>50</sup>.

Infine, a ulteriore testimonianza delle contraddizioni che caratterizzano la posizione manifestata dell'Italia, va ricordato che il nostro Governo allo stato non ha intrapreso nessuna iniziativa diplomatica a protezione dei suoi cittadini interessati dalle vicende all'origine del contenzioso con la Germania, e ciò nonostante il monito rivolto dalla stessa CIG alle parti in lite in vista di una soluzione extra giudiziale della questione dei risarcimenti<sup>51</sup>. Un'inerzia che suona paradossale se solo si considera che proprio l'Italia, solo qualche anno prima, nel contesto della codificazione delle norme internazionali sulla protezione diplomatica, si era fatta promotrice di una disposizione, poi non inclusa nei termini proposti nel progetto finale, volta a introdurre un vero e proprio obbligo di intervento diplomatico dello Stato di nazionalità in caso di gravi violazioni dei diritti fondamentali ai danni di propri cittadini<sup>52</sup>.

È chiaro dunque che in questo contesto la sentenza della Corte costituzionale è solo l'ennesima tessera che non combacia in un mosaico che stenta a comporsi. A queste condizioni, essa non sembra poter verosimilmente offrire un contributo per così dire "diretto" alla rimodulazione della disciplina consuetudinaria dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione. Tuttavia, non si può escludere un suo apporto al rafforzamento del processo di formazione di un'altra norma di diritto internazionale generale che potrebbe/dovrebbe entrare in linea di conto nella prospettiva di un più proficuo bilanciamento di valori a livello dello stesso diritto internazionale generale. Mi riferisco al diritto di accesso al giudice, che come è stato opportunamente rilevato, potrebbe venire a configurarsi come un principio generale di diritto rico-

---

nali, alle tesi da esso espresse per perorare la propria causa davanti ad organi internazionali di soluzione delle controversie: v. in proposito L. GRADONI, *La Commissione*, cit., pp. 694-695.

<sup>48</sup> Sentenza n. 238, punto 3.4 del *considerato in diritto*.

<sup>49</sup> V. in particolare l'opinione di Lord Nicholls of Birkenhead, secondo cui "acts of torture and hostage-taking [...] cannot be regarded by international law as a function of a head of State".

<sup>50</sup> La CIG, ricordando nella sentenza la risposta fornita dall'Italia, ha preso quindi atto dell'accordo tra le parti sul punto: "[t]he acts of the German armed forces and other State organs which were the subject of the proceedings in the Italian courts clearly constituted *acta jure imperii*" (CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 60).

<sup>51</sup> *Ivi*, par. 104.

<sup>52</sup> Così anche P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 43 ss., p. 45. Per approfondimenti sull'esito dei lavori di codificazione della Commissione del diritto internazionale in ordine all'aspetto indicato nel testo v. M.I. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 669 ss., pp. 723-724.

nosciuto dalle nazioni civili<sup>53</sup>. Al riguardo, non è secondario il fatto che la Corte costituzionale, uscendo dal perimetro del diritto interno in cui aveva prevalentemente situato, come si è detto, il suo ragionamento, giunga poi a inserire il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili “tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo”<sup>54</sup>.

## **6. Una diversa prospettiva di analisi del conflitto tra immunità e accesso al giudice: la potenziale incompatibilità tra norme di diritto internazionale generale e le ricadute sull'ordinamento interno. Il dubbio rilievo, nel caso di specie, della teoria della tutela per equivalenti**

L'accento posto in conclusione del paragrafo precedente sulla possibilità di collocare l'obbligo di garantire il diritto di accesso al giudice sul piano dello stesso diritto internazionale generale induce un'ultima riflessione in ordine alla possibilità per i giudici interni di inquadrare in una prospettiva internazionalistica il problema del conflitto tra immunità assoluta degli Stati per atti *iure imperii* e diritto alla tutela giurisdizionale delle vittime. Si tratta d'altronde di un'opzione che era stata suggerita dagli attori dei procedimenti principali, costituitisi in giudizio dinanzi alla Corte costituzionale: in pratica, si proponeva di utilizzare quale parametro di costituzionalità lo stesso art. 10 Cost., o meglio altre norme di diritto consuetudinario, incompatibili con il regime delle immunità statali, introdotte con rango costituzionale nel nostro ordinamento grazie al trasformatore permanente<sup>55</sup>. In particolare, le parti facevano riferimento all'esistenza, nel diritto internazionale generale, di un obbligo degli Stati di garantire sul piano interno il diritto di accesso alla giustizia. In una situazione del genere il conflitto normativo si sarebbe quindi spostato a livello del diritto internazionale<sup>56</sup>. Come è noto, però, la prospettazione della questione di costituzionalità che risulta dall'ordinanza di rimessione vincola la Corte costituzionale anche per quanto riguarda i parametri cui informare il giudizio. La Corte

---

<sup>53</sup> V. P. DE SENA, *The Judgment*, cit., p. 26.

<sup>54</sup> Sentenza n. 238, punto 3.4 del *considerato in diritto*.

<sup>55</sup> *Ivi*, *ritenuto in fatto*, punto 3.1.

La possibilità che attraverso l'art. 10 Cost. il nostro ordinamento possa recepire norme di diritto internazionale tra loro incompatibili è riconosciuta dalla Corte di cassazione (sezioni unite civili) nelle ordinanze nn. 14201-14212 del 29 maggio 2008, sia pure in un brano – praticamente formulato in termini identici nelle dodici ordinanze – di cui è stata messa in rilievo l'incongruenza rispetto al ragionamento complessivo svolto in altre parti della pronuncia (v. C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità*, cit., p. 749 ss.). L'ordinanza n. 14209, *Repubblica federale di Germania c. Presidenza Consiglio dei ministri e Maietta*, è riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 896 ss.

<sup>56</sup> Non del tutto convincente appare al riguardo la tesi secondo cui la norma sull'immunità dello Stato conterrebbe “in sé il bilanciamento delle opposte esigenze di tutela della sovranità dello Stato e di tutela del diritto dell'individuo di accesso alla giustizia”: R. NIGRO, *op. cit.*, soprattutto p. 824 ss., p. 813 per la citazione. Essa sembra infatti negare autonomia, nel diritto internazionale, al diritto di accesso al giudice e sembra difficilmente sostenibile soprattutto con riguardo alle origini e alle prime evoluzioni della norma sull'immunità, avvenute in un periodo storico in cui non solo il diritto di accesso al giudice, ma più in generale l'intera tematica dei diritti umani, erano del tutto estranei al diritto internazionale.

pertanto ha escluso di poter esaminare le censure svolte dalle parti dei procedimenti principali<sup>57</sup>. Ciò nonostante, la tesi indicata presenta un certo interesse e merita comunque di essere approfondita in questa sede.

Ai nostri fini non importa adesso appurare se effettivamente esista una norma di diritto internazionale generale che imponga agli Stati di garantire il diritto di accesso al giudice. È sufficiente rilevare che l'esistenza di una norma siffatta, in ragione della sua inclusione nei principali strumenti convenzionali di tutela dei diritti umani, è ammessa da autorevoli studiosi, almeno nella forma di un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili<sup>58</sup>, e trova accoglimento in alcune importanti pronunce giurisprudenziali<sup>59</sup>. Laddove il giudice *a quo* avesse accolto le sollecitazioni dei ricorrenti, la Corte costituzionale avrebbe quindi potuto trovarsi nella posizione di doverne verificare l'esistenza, magari anche forzando, in un'ottica di promozione e sviluppo del diritto internazionale, la mano. In tale ipotesi, si sarebbe quindi aperta una possibile via di fuga che le avrebbe consentito di mantenere ferma la scelta di non contestare l'autorità della CIG quanto all'accertamento del contenuto della norma consuetudinaria sull'immunità compiuto nella sentenza sul caso *Germania c. Italia*, e al contempo di giungere allo stesso risultato di garantire ai privati interessati il diritto di accesso al giudice, collocando però tale diritto non più (esclusivamente) sul piano del diritto costituzionale, ma direttamente su quello del diritto internazionale generale<sup>60</sup>.

Si noti, infatti, che la Corte dell'Aja non si è pronunciata, nella sentenza del 2012, sulla portata del diritto di accesso al giudice, la cui esistenza nel diritto internazionale generale

---

<sup>57</sup> Sentenza n. 238, punto 2.3 del *considerato in diritto*. Curiosamente però la Corte fa qui riferimento alle sole argomentazioni sollevate rispetto all'art. 117 Cost., mentre passa sotto silenzio il chiaro richiamo effettuato dalle parti all'art. 10 Cost. e al diritto internazionale generale.

<sup>58</sup> V. B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice*, cit., p. 141; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens*, cit., p. 317 ss. Cfr. inoltre in materia F. FRANCONI, *The Right of Access to Justice under Customary International Law*, in ID. (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p. 1 ss., spec. p. 11 ss. Non sembra necessario per giungere a tale qualificazione dimostrare l'uniformità dell'interpretazione fornita dai giudici interni in merito agli effetti prodotti, sul piano nazionale, dal diritto di accesso al giudice (così, invece, se ben si comprende, R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri*, cit., p. 821 ss.). Affinché infatti un principio interno possa assurgere a principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili, secondo la formula impiegata dall'art. 38 dello Statuto della CIG, si ritiene generalmente sufficiente che quel principio sia previsto dalla maggior parte degli ordinamenti interni e che – elemento questo più complesso da provare – sia avvertito come necessario e/o obbligatorio anche nell'ambito dei rapporti retti dal diritto internazionale (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 47 ss.).

<sup>59</sup> V. l'ordinanza del Presidente del Tribunale speciale per il Libano, Antonio Cassese, del 15 aprile 2010 nel caso *El-Sayed* (reperibile in [www.stl-tsl.org](http://www.stl-tsl.org)), in cui il diritto di accesso al giudice viene configurato come oggetto di una norma consuetudinaria (par. 20), avente addirittura natura cogente (par. 29 ss.).

<sup>60</sup> Nel senso che la Corte costituzionale avrebbe dovuto analizzare il diritto alla tutela giurisdizionale “anche sul piano del diritto internazionale” v. G. GUARINO, *Corte Costituzionale*, cit. (corsivo nell'originale).

Tra l'altro, come è stato messo in rilievo in dottrina (R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238*, cit., p. 29 ss.), molti degli argomenti invocati dalla Corte costituzionale, a sostegno della soluzione dell'inefficacia nell'ordinamento italiano della norma internazionale sull'immunità degli Stati così come interpretata, in relazione al caso delle vittime italiane dei crimini nazisti, dalla CIG, si presterebbero ad essere utilizzati anche sul piano del diritto internazionale. In senso analogo, la “matrice internazionalistica” del ragionamento della Corte costituzionale è sottolineata anche da F. SALERNO, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 47 ss.

non è né affermata né negata nella sentenza. Si tratta in parte di una conseguenza dell'impostazione seguita dall'Italia nella propria strategia difensiva (o al limite della lettura datane dalla CIG). Nella risposta all'argomento c.d. del *last resort*, il problema del coordinamento con la disciplina dell'immunità degli Stati è stato esaminato solo rispetto al diritto alla riparazione (il diniego dell'immunità venendo a rappresentare, nella prospettiva suggerita, l'ultima via consentita alle parti attrici per ottenere una riparazione effettiva per i crimini subiti)<sup>61</sup>, diritto che va però distinto dal diritto di accesso al giudice<sup>62</sup>.

Al contrario, una volta ammessa la sua autonoma competenza quanto alla interpretazione delle norme internazionali (e sempre fermi i limiti risultanti nel caso di specie dal *thema decidendum*), alla Corte costituzionale non sarebbe affatto preclusa in via generale la possibilità di bilanciare gli interessi tutelati dai due obblighi di diritto internazionale incompatibili (senza dover necessariamente passare per la dimostrazione, tutt'altro che agevole, della natura cogente della norma sul diritto di accesso al giudice<sup>63</sup>), in una prospettiva per certi versi analoga a quella adottata, con esiti peraltro non sempre ineccepibili, dalla Corte europea dei diritti umani (sia pure quanto al rapporto da instaurare tra la norma generale sull'immunità e

---

<sup>61</sup> CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., par. 98 ss.

<sup>62</sup> V. in tal senso ancora l'ordinanza del Presidente del Tribunale speciale per il Libano cit. *supra* nella nota 59, al par. 28: "[i]t is important to emphasize [...] that the right of access of justice must be distinguished from the right to a remedy. The former right entails that individuals – subject to certain restrictions – are entitled to go before an independent and impartial judge and to have their claims duly considered by such judge. But the existence of this right does not automatically entitle individuals to obtain a judicial remedy". La scelta di focalizzarsi sul diritto alla riparazione dell'individuo, anziché sulle norme internazionali che tutelano il diritto di accesso alla giustizia, è discussa da R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens*, cit., p. 316 ss.

In dottrina, la tesi più diffusa è quella che nega l'esistenza, allo stato attuale di sviluppo dell'ordinamento internazionale, di un diritto individuale alla riparazione per le vittime delle violazioni dei diritti umani (V. C. TOMUSCHAT, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*, in *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 2002, p. 157 ss., specialmente p. 173 ss.). Tuttavia, avendo riguardo soprattutto alle previsioni contenute in regimi convenzionali specifici, molti autori non escludono che il diritto internazionale generale si stia sempre più orientando verso il riconoscimento di questo diritto in capo ai singoli, almeno con riguardo alle violazioni di maggiore gravità (così ad esempio R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 339 ss., p. 347). Nella medesima direzione si collocano inoltre i *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law*, adottati, su proposta della Commissione dei diritti umani delle Nazioni Unite, dall'Assemblea generale (UN Doc. A/RES/60/147, 21 marzo 2006). Si tratta però di un mero strumento di *soft law*, non direttamente vincolante per gli Stati, e chiaramente elaborato in un'ottica *de lege ferenda*. In ogni caso, pur laddove si riconosce il diritto individuale alla riparazione, come fa, per le vittime di guerra, l'art. 6 della risoluzione 2/2010 dell'International Law Association sul tema "Reparation for Victims of Armed Conflict", viene comunque escluso qualsiasi "retroactive effect" (ivi, art. 15).

<sup>63</sup> V., però, nel senso che, per poter affermare l'esistenza di un conflitto normativo tra diritto di accesso al giudice e immunità degli Stati, risolvibile dal giudice interno in favore del primo, sarebbe necessario dimostrare la natura cogente della norma internazionale che tale diritto prevede, A. GATTINI, *The Dispute*, cit., p. 179 ss. Per la tesi secondo cui, in caso di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali e del diritto umanitario, anche le norme strumentali (tra cui quella sull'accesso alla giustizia) acquisirebbero rango cogente, in virtù del "collegamento essenziale e funzionale" di queste ultime con le norme primarie disattese, v. invece R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens*, cit., p. 323 ss.

la norma *convenzionale*, l'art. 6 della CEDU, sul diritto di accesso al giudice)<sup>64</sup>. Tale prospettiva parte dal presupposto che il diritto alla tutela giurisdizionale possa sì subire delle restrizioni, così come accade anche al corrispondente principio di diritto costituzionale, ma a condizione che tali restrizioni non comportino un totale sacrificio del diritto (annullandone l'essenza stessa) e siano in ogni caso legittime e proporzionate<sup>65</sup>. È vero che la Corte europea, con la sola eccezione delle controversie di lavoro<sup>66</sup>, ha per lo più fatto prevalere la regola dell'immunità, ma sulla base di uno schema di bilanciamento che, come è stato opportunamente rilevato, viene fatto operare con non poche forzature, risolvendosi di fatto in un "international law-compatibility (...) sui generis test"<sup>67</sup>.

Nulla impedirebbe invece alla Corte costituzionale di impostare diversamente la ponderazione dei valori in gioco. Tuttavia, contrariamente all'opinione espressa da vari autori<sup>68</sup>, è dubbia l'utilità che potrebbe avere, *nei casi in questione*, allo scopo di fondare la prevalenza del diritto di accesso al giudice, la teoria della tutela per equivalenti<sup>69</sup>, visto che occorre-

---

<sup>64</sup> Su tale giurisprudenza v., *ex multis*, D. LLOYD JONES, *Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 463 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 703 ss.; M. DISTEFANO, *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXIII, 2007, p. 187 ss.; L. MILANO, *Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, p. 1059 ss.; B.I. BONAFÈ, *The ECHR and the Immunities Provided by International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, 2010, p. 55 ss.; M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, 2010.

Si noti, per inciso, che la CIG nella sentenza del 3 febbraio 2012 sembrerebbe aver escluso che i giudizi interni possano costituire una sede idonea per tale operazione di ponderazione tra esigenze e valori sottesi a norme di diritto internazionale, in considerazione soprattutto dell'estrema complessità della valutazione che tale operazione implicherebbe: v. CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., paragrafi 102 e 106.

<sup>65</sup> Per la prima enunciazione di questo modello di bilanciamento v., sia pure con riguardo ad un caso relativo all'immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali, Corte europea dei diritti umani (Grande camera), *Waite and Kennedy v. Germany*, ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 59. Questo stesso schema è stato poi applicato dalla Corte di Strasburgo a tutte le ipotesi di immunità previste dal diritto internazionale, a prescindere quindi dalla natura dei soggetti coinvolti, dal tipo di rapporto interessato e dal fondamento giuridico dell'immunità volta a volta in causa.

<sup>66</sup> V. Corte europea dei diritti umani (Grande camera), *Cudak v. Lithuania*, ricorso n. 15869/02, sentenza del 23 marzo 2010; (seconda sezione), *Guadagnino v. Italy and France*, ricorso n. 2555/03, sentenza del 18 gennaio 2011; (Grande camera), *Sabeh El Leil v. France*, ricorso n. 34869/05, sentenza del 29 giugno 2011; (prima sezione), *Wallishauser v. Austria*, ricorso n. 156/04, sentenza del 17 luglio 2012; (prima sezione), *Oleynikov v. Russia*, ricorso n. 36703/04, sentenza del 14 marzo 2013. Su tale giurisprudenza cfr. da ultimo (anche per ulteriori riferimenti bibliografici) R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri*, cit., soprattutto p. 830 ss.

<sup>67</sup> Così R. PAVONI, *Response a C. TAMS, Let the Games Continue: Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court*, in *EJIL: Talk!*, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

<sup>68</sup> V. ad esempio P. DE SENA, *Spunti*, cit. e R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238*, cit., p. 33.

<sup>69</sup> In base alla quale l'immunità non potrebbe operare in assenza di vie di ricorso sostitutive accessibili ai ricorrenti per far valere i propri diritti. Sul rilievo in generale dei rimedi alternativi al fine della soluzione dell'antinomia, dal punto di vista del diritto interno, tra immunità giurisdizionali e principi costituzionali fondamentali è fondamentale il contributo di L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche*, cit., p. 461.

rebbe a tale fine dimostrare che anche la via della giustizia tedesca sia chiusa alle parti dei procedimenti principali<sup>70</sup>. Ed è proprio questo probabilmente il punto di maggiore debolezza della prospettiva in discorso.

Nel caso dei militari italiani internati in Germania, è noto infatti come i giudici tedeschi si siano pronunciati nel merito delle richieste di riparazione<sup>71</sup>, sia pure negativamente, applicando una normativa interna, che, secondo la loro interpretazione, non consentirebbe il risarcimento per coloro che, all'epoca dei fatti, rivestivano lo status di prigionieri di guerra<sup>72</sup>. Negare l'immunità significherebbe allora affidare ai giudici italiani una sorta di giudizio di appello avverso le decisioni dei tribunali tedeschi. Né possono essere espressi dubbi circa la rispondenza del sistema giudiziario della Germania a standard processuali adeguati a garantire per equivalenti il diritto di accesso al giudice.

Evidentemente, quindi, il problema attiene piuttosto al merito delle soluzioni a cui i giudici tedeschi sono giunti o potrebbero giungere in futuro in applicazione della precedente giurisprudenza. La pretesa di riparazione, rimasta insoddisfatta nei giudizi interni, può però essere ancora fatta valere dallo Stato di cittadinanza sul piano dei rapporti internazionali con lo Stato autore dell'illecito.

## **7. Osservazioni conclusive. La necessità di valorizzare l'istituto della protezione diplomatica: possibili aperture dal punto di vista del diritto costituzionale**

Le considerazioni svolte in conclusione del paragrafo precedente rafforzano la convinzione, già espressa da molti in dottrina, che la tutela effettiva delle vittime, piuttosto che passare attraverso la giustizia interna, richieda un intervento deciso in protezione diplomatica

---

<sup>70</sup> È probabilmente proprio in ragione della generale esistenza, nel caso delle immunità statali, di un foro alternativo nell'ordinamento giuridico dello Stato immune che si spiega la scelta della Corte europea dei diritti umani di verificare la disponibilità per i ricorrenti di "reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention" solo nei casi in cui la questione della compatibilità con l'art. 6 CEDU si ponga per l'immunità accordata ad organizzazioni internazionali (Corte europea dei diritti umani, *Waite and Kennedy*, cit., par. 68; ma v., per una rilevante eccezione, *Stichting Mothers of Srebrenica*, cit., par. 164), e non in quelli concernenti invece l'immunità degli Stati.

<sup>71</sup> Come è stato notato, in critica alla sentenza n. 238, "[t]he right to a judge cannot be equated with a right to win the case submitted to judicial cognizance" (C. TOMUSCHAT, *The National Constitution Trumps International Law*, in *Italian Journal of Public Law*, 2014, p. 189 ss., p. 191). V. anche, per rilievi di analogo tenore, J. VERHOEVEN, *Sur les relations entre immunités et jus cogens, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012*, in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J.E. VIÑUALES (dir.), *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, p. 527 ss., p. 532.

<sup>72</sup> Si tratta della legge federale tedesca del 2 agosto 2000. In particolare, nell'applicare l'art. 11, che appunto nega il diritto al risarcimento per i prigionieri di guerra, i giudici tedeschi non hanno tenuto conto del fatto che tale status era stato negato dal Terzo Reich ai militari italiani internati in Germania: v. al riguardo *Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, *Counter-Memorial of Italy*, 22 dicembre 2009, par. 2.28 ss.; nonché B. FASSBENDER, *Compensation for Forced Labour in World War II. The German Compensation Law of 2 August 2000*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 243 ss.

da parte del Governo italiano, rimasto fino ad oggi latitante<sup>73</sup>. Intervento che in ogni caso, *dal punto di vista del diritto internazionale*, resta un atto politico del tutto facoltativo e insindacabile<sup>74</sup>. Eppure, la giurisprudenza di altri Paesi dimostra che l'obbligatorietà dell'azione protettiva in favore dei propri cittadini può trovare un fondamento *nel diritto interno*<sup>75</sup>. In Italia, dopo un'ambigua apertura da parte della Corte di cassazione, la tesi della discrezionalità del Governo è stata però recentemente confermata<sup>76</sup>, tra l'altro anche con specifico riguardo alle vicende che qui interessano<sup>77</sup>.

In effetti il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 238 ha lasciato impregiudicata la questione dell'eventuale esistenza di un obbligo, costituzionalmente fondato, del Governo di attivarsi almeno di fronte alle più gravi violazioni. La Consulta aveva però avuto modo precedentemente di negare l'insindacabilità assoluta degli atti politici: "gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo"<sup>78</sup>. Il brano riportato non riguarda chiaramente l'ipotesi della tutela dei cittadini nei confronti di altri Stati. Ciò non toglie che la "parabola discendente" della dottrina degli atti politici che esso inaugura<sup>79</sup> apre forse uno spiraglio per la possibile estensione in futuro del controllo giurisdizionale.

---

<sup>73</sup> *Supra*, passo del testo successivo alla nota 50.

<sup>74</sup> Sull'inerzia del Governo v. soprattutto le osservazioni di P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014*, cit.

<sup>75</sup> v. l'ampia giurisprudenza riportata da M. GESTRI, *Consiglio di sicurezza e sanzioni mirate: obblighi degli Stati di agire in "protezione diplomatica" dei singoli?*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2008, p. 353 ss., p. 357 ss.

<sup>76</sup> V. da ultimo la sentenza del Consiglio di Stato n. 2792/2014 del 29 maggio 2014. La sentenza riguarda un'azione di risarcimento avviata da una società italiana contro il Governo per il mancato esercizio della protezione diplomatica nei confronti del Marocco, dopo che quest'ultimo aveva rifiutato l'autorizzazione alle attività di collegamento marittimo tra i due Paesi gestiti dalla ricorrente. Il Consiglio di Stato, nel respingere il ricorso, ha tra l'altro valorizzato proprio la discrezionalità del Governo quanto alla gestione dei rapporti internazionali e alla scelta se agire in protezione diplomatica dei propri cittadini (punto 7 del *diritto*). Sul caso si era precedentemente pronunciata la Corte di cassazione, con sentenza del 19 ottobre 2011, n. 215181, in cui era stata affermata l'esistenza di un interesse legittimo della ricorrente a contestare in sede giurisdizionale la mancata convocazione della commissione tecnica italo marocchina incaricata, ai sensi della legge 3 marzo 1987 n. 69 ("Disposizioni per la difesa della Marina mercantile italiana"), di valutare la necessità, e se del caso raccomandare al Governo, di procedere all'adozione di misure protettive (punto 5). Secondo P. PUSTORINO, *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 156 ss., in questo modo la Corte di cassazione avrebbe di fatto riconosciuto il diritto per i soggetti lesi di sindacare le scelte del Governo in tema di intervento in protezione diplomatica. In realtà, la Corte di cassazione si era limitata a prendere in considerazione il corretto svolgimento del procedimento in base alla rilevante disciplina interna. La sentenza del Consiglio di Stato del 29 maggio 2014 in ogni caso scioglie ogni dubbio, confermando l'insindacabilità dell'eventuale scelta del Governo di non assumere la difesa degli interessi dei cittadini sul piano internazionale.

<sup>77</sup> V. al riguardo F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 350 ss., p. 370, nota 74.

<sup>78</sup> Sentenza n. 81 del 2 aprile 2012, punto 4.2 del *considerato in diritto*.

<sup>79</sup> V., per la citazione nel testo, M. LUCIANI, *I controlimiti*, cit., p. 91, nota 23.



zionale a quelle scelte di politica estera, come il rifiuto d'agire o l'esercizio insufficiente della protezione diplomatica, che determinino un totale sacrificio dei diritti fondamentali<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Sulla possibilità di fondare nel diritto costituzionale un obbligo di intervento diplomatico a carico del Governo v. ampiamente le considerazioni di F. SALERNO, op. ult. cit., p. 363 ss. Al riguardo cfr. anche E. CANNIZARO, *Jurisdictional Immunities*, cit., p. 131 e P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014*, cit., p. 47.